

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le contrat

Thunis, Xavier

Published in:

De quoi le contrat est-il le nom ?

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2017, Le contrat: un faux ami qui vous veut du bien . Dans *De quoi le contrat est-il le nom ? : applications et tendances récentes du droit des contrats*. Unité de droit des obligations de la Faculté de droit de Namur, Anthemis, Limal, p. 231-254.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le contrat : un faux ami qui vous veut du bien

Xavier THUNIS

Professeur à l'Université de Namur

1. Il y a quelques années, une grande institution financière a eu l'idée de proposer une convention d'argent de poche entre parents et enfants, comportant toute une série de mentions relatives au montant à verser par les parents à l'enfant, à la régularité des versements ou aux motifs pour lesquels ceux-ci ne seraient pas effectués. Il ne manquait que la stipulation des intérêts de retard et la désignation de la juridiction compétente en cas de litige sur l'interprétation du document.

On pourrait se limiter à voir dans cette proposition, vite retirée, la tentative d'implanter le contrat au sein des relations familiales et de promouvoir les comptes bancaires à tous les stades de celles-ci. Cette affaire est apparemment anodine ; le contrat est partout, pourquoi ne pas en faire un outil d'éducation à la consommation et à l'épargne dès le plus jeune âge ? Elle a pourtant soulevé l'indignation des organisations de défense de la famille ainsi que des associations de protection des consommateurs¹. On fera semblant de s'en étonner en observant que, dans une société qui produit des biens mais paraît avoir perdu sa capacité à produire du lien, la figure du contrat s'impose avec force non seulement dans les relations patrimoniales mais aussi dans celles qui ne le sont pas à titre principal. Les exemples sont nombreux et peuvent surprendre : contrat de lecture qu'il faudrait supposer entre un auteur et son lecteur, contrat libertaire qui règle le *quantum* de fidélité que se doivent des compagnons de vie ou encore contrat pédagogique par lequel les enseignants doivent préciser aux étudiants les objectifs et les méthodes de leur enseignement².

¹ L'utilisation du terme convention, parfois considéré comme plus large que celui de contrat, n'y a rien changé.

² Sur ce type de contrat, J. ROCHFELD, « La contractualisation des obligations légales. La figure du contrat pédagogique », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 262. Pour une belle synthèse du phénomène contractuel, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2013, part. pp. 426 et s.

Ces exemples suscitent immédiatement une autre question : quel est le critère pour qu'il y ait un contrat au sens juridique du terme ? Les professeurs de droit, interrogés sur la nature de la convention d'argent de poche, répondront, en s'appuyant sur les meilleurs auteurs : la volonté de créer des effets juridiques en principe de nature patrimoniale, effets permis, voire prévus en tout ou en partie par le droit positif³.

2. Le contrat étend son empire non seulement comme vecteur d'obligations au sens technique du terme mais aussi comme instrument de fonctionnement social et comme mode de gouvernement. La force de ce mouvement est telle que nombre d'auteurs évoquent la contractualisation de la société, voire le contractualisme qui en est la forme exacerbée⁴.

La contractualisation désigne l'extension des techniques contractuelles hors de leur domaine traditionnel, dans des domaines jusque-là réservés à la décision personnelle ou aux instruments unilatéraux de politique publique⁵. Le succès du contrat mérite qu'on s'y arrête car il n'est pas univoque. Sur le plan juridique, le contrat comme technique de création et de transmission des obligations voit son champ s'élargir à des domaines nouveaux (droits de la personnalité, production du vivant, etc.). Dans le même temps, la liberté contractuelle se voit assigner des limites de plus en plus nombreuses dont la plus connue résulte des lois sur l'élimination des clauses abusives.

Le paysage est donc contrasté. Notre contribution a pour objectif de mettre en évidence les ambiguïtés qui affectent la notion de contrat. Commune à la philosophie politique et à la technique juridique, celle-ci est un « faux ami ». Le « faux ami » est un phénomène connu des linguistes et des traducteurs. Des langues comme le français et l'anglais, qui partagent une histoire commune, comportent pas mal de termes identiques ou quasi identiques mais aux significations très différentes : sensible, jurisprudence, etc.⁶. Ces faux amis, qui engendrent des malentendus et parfois des difficultés diplomatiques d'une langue à l'autre, peuvent aussi exister à l'intérieur d'une langue naturelle, entre des genres de discours différents. À l'intérieur de la langue française, le contrat,

³ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 117 et s., n°s 58 et 61 ; C. DELFORGE, « Le contrat aujourd'hui », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *Normes internes infra-constitutionnelles*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Université Saint-Louis, 2012, pp. 797 et s.

En droit français, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2016, pp. 169 et s., part. p. 181 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, pp. 47 et s.

⁴ Sur les relations complexes entre le contrat et l'intérêt général, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, part. pp. 624 et s.

⁵ Pour une critique du contractualisme, A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2009, pp. 142-143. Alors que la contractualisation « désigne l'extension objective du recours aux techniques contractuelles », le contractualisme est « l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi ».

⁶ À ce sujet, voy. les nombreux ouvrages d'H. WALTER, dont *Honni soit qui mal y pense. L'incroyable histoire d'amour entre le français et l'anglais*, Paris, Le Livre de Poche, 2003.

de même que la responsabilité, sont des faux amis : un terme reste nominale-ment identique mais il emprunte des significations différentes selon le locuteur et le type de discours, juridique, politique ou philosophique dans lequel il est utilisé. Ceci peut conduire à des malentendus qui peuvent être instructifs pour autant que l'on en soit conscient.

3. Il est douteux qu'il y ait une seule notion du contrat en droit⁷. Qu'y a-t-il de commun entre l'achat d'un pain, la mise à disposition de sa force de travail pour une durée indéterminée et un contrat de fourniture d'installations industrielles dont la négociation peut durer des mois et dont l'exécution est garantie par une nébuleuse de sûretés et soumise, en cas de litige, à des procédures d'arbitrage ? Plutôt que de définir d'emblée la notion de contrat, on s'attache d'abord à pointer dans quel but et comment elle peut être utilisée « hors champ » dans le domaine de la philosophie politique, pour fonder ou expliquer le lien social. Les débats parfois vifs qui la traversent sont porteurs d'enseignements (chapitre 1). Dans un deuxième temps, on passe au contrat comme technique juridique interindividuelle permettant aux parties contractantes de créer, transmettre ou éteindre des obligations par un échange de consentements, dans le respect des principes et des règles du droit positif. Cette partie intègre, autant que possible, les apports des différentes contributions qui constituent ce volume (chapitre 2). Dans un troisième temps, on tente de nouer le niveau social et le niveau interindividuel en examinant le contrat comme mode de gouvernement en droit de l'environnement⁸ (chapitre 3).

Chapitre 1

Le contrat comme pacte fondateur et outil heuristique

Section 1

Un hypothétique contrat social

4. Le contrat peut être utilisé à un niveau fondamental et philosophique, comme une fiction fondatrice et un outil heuristique. En philosophie politique, le contrat social est une fiction⁹, un récit par lequel une société recherche l'origine et le fondement du vivre ensemble et tente d'expliquer ou de légitimer les liens d'obéissance ou de solidarité qui soudent les membres qui la constituent. C'est un vouloir-vivre ensemble qu'il s'agit d'expliquer non seulement par rapport à une origine conventionnelle hypothétique, mais aussi par rapport à un destin collectif commun.

⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *op. cit.*, p. 35.

⁸ Sur l'ensemble de la question, V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2016.

⁹ Sur ce point, G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 200.

Le contrat social est un lieu commun de la philosophie politique. La notion est pour le moins polysémique¹⁰ et la terminologie est fluctuante. D'un auteur à l'autre, l'accord a un objet différent, les parties ne sont pas toujours identiques et ne se rencontrent guère dans les manuels de droit des obligations : contrat passé entre le peuple et le souverain, pacte établi entre membres d'une communauté pour sortir de l'état de nature ou encore, dans un registre politico-théologique, convention liant Dieu, le souverain, qui est son lieutenant légitime, et les hommes qui bénéficient de sa protection et trouveraient dans la convention une protection contre les excès de pouvoir. De grands philosophes ont recouru à la figure du contrat social, Hobbes et Rousseau notamment. Ce dernier a exposé son projet dans le passage suivant resté célèbre :

« Je veux chercher si, dans l'ordre civil, il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et sûre [...] » (Préface au premier livre) « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution. »¹¹

Cette explication est une fiction. Althusser, tout en reconnaissant que le contrat social est une fiction, exprime de façon éclairante que cette construction a ses raisons :

« Il peut paraître étrange de se représenter que l'établissement d'une société soit l'effet d'une convention générale, comme si toute convention ne supposait déjà une société établie. Mais il faut accepter cette problématique, puisqu'elle a été tenue pour nécessaire, et se demander seulement ce que signifie ce contrat, qui n'est pas un simple artifice juridique, mais l'expression de raisons très profondes. Dire que la société des hommes sort d'un contrat, c'est en effet déclarer proprement humaine et artificielle l'origine de toute institution sociale. C'est dire que la société n'est l'effet ni d'une institution divine, ni d'un ordre naturel. C'est donc avant tout refuser une ancienne idée du fondement de l'ordre social et en proposer une nouvelle. »¹²

5. Certaines critiques de la figure du contrat social sont intéressantes. Hegel notamment attaque vivement les partisans du contrat social, et en particulier Kant¹³ parce qu'ils utilisent une institution de droit privé pour expliquer l'avè-

¹⁰ Fr. OST, « Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé*?, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 76.

¹¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, coll. Folio-Essais, Paris, Gallimard, 2012, p. 182.

¹² L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959, pp. 22-23. Althusser a consacré, en 1965-1966, un remarquable cours intitulé « Sur le contrat social » à la doctrine de contrat social de Rousseau en insistant sur le fait qu'une théorie philosophique nous éclaire sur les problèmes qu'elle choisit comme sur ceux qu'elle élude.

¹³ HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, GF-Flammarion, 1999. S'il formule ses critiques de façon respectueuse à l'égard du *Contrat social* de Rousseau (§ 258), il ne peut l'admettre car les rapports contractuels sont peu appropriés à la nature de l'État (§ 75). Pas plus qu'on ne peut subsumer le mariage sous le contrat, subsumption exposée « dans toute son horreur – faut-il le dire – par Kant ».

nement de la société civile et qu'ils tombent ainsi dans le contractualisme politique. Il en résulte un double risque : celui, d'une part, de rendre le lien politique contingent, fonction du consentement révocable de ceux qui sont censés adhérer à ce contrat, et celui, d'autre part, de subordonner la sphère publique aux intérêts privés. Le diagnostic est d'une lucidité étonnante.

Ces critiques ont été amplifiées ou radicalisées. On a reproché à la théorie du contrat social, surtout dans sa version hobbesienne, de faire preuve d'un constructivisme excessif : certaines situations du vivre ensemble, l'appartenance familiale ou l'appartenance religieuse ne relèvent pas d'une situation contractuelle¹⁴. L'essentiel de la critique ne porte pas sur le fait que le contrat social est une fiction. Le reproche principal est que cette fiction n'a pas un pouvoir explicatif suffisant ni pour le passé où elle est concurrencée par des explications recourant à une violence originaire fondatrice, ni pour le présent puisque l'état de nature hobbesien a disparu dans la nuit des temps et qu'il faudrait donc un acte nouveau pour renouveler le transfert des droits des sujets au souverain. Peter Sloterdijk a synthétisé ces critiques sur un ton mi-ironique, mi-sérieux :

« Cela commence avec les relations familiales – à moins que mes géniteurs n'aient conclu avec moi un contrat de mise au monde ? Pourrais-je affirmer avoir signé un traité de parenté avec mes parents, mes frères et mes sœurs ? » [...] « Le contractualisme vit d'hallucinations offensives qui portent, aujourd'hui, le nom de suppositions contrefactuelles – il rêve surtout de cette assemblée originelle dans laquelle les futurs sociétaires se plaisent à sortir de leur mode précontractuel pour se placer sous la protection de lois communes. »¹⁵

La critique est plaisante mais elle est un peu facile. Le contrat est une façon de penser et son objectif n'est pas d'être « réaliste ». Il faut en faire une critique immanente, en tentant de comprendre les problèmes théoriques que des penseurs comme Rousseau ou Hobbes, qui n'étaient pas naïfs, se posent et tentent de résoudre. Un de ceux-ci est de protéger les sujets qui transfèrent leurs droits contre les revirements et l'arbitraire du souverain ou du gouvernement tenté d'abuser des droits dont il est le dépositaire.

6. Tout aussi virulente, la critique de Proudhon est plus intéressante car elle invoque, contre le contrat de Rousseau, des arguments que ne renieraient pas des juristes de stricte observance.

« Rousseau dont l'autorité nous régit depuis près d'un siècle, n'a rien compris au contrat social. [...] »

L'évolution contemporaine semble démentir l'opinion de Hegel. Voy. P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Presses universitaires de Namur, 2007, pp. 92-95.

¹⁴ Qu'on n'en déduise pas cependant que Rousseau, Hobbes ou encore Hume ignoraient le droit. On trouvera notamment chez Hobbes, au chapitre XIV du *Léviathan*, des pages étonnantes sur le contrat. Les extraits que nous en citons par la suite sont ceux de la traduction proposée par le site « Les Classiques des sciences sociales ».

¹⁵ P. SLOTERDIJK, *Écumes*, coll. Pluriel, Paris, Hachette, 2005, resp. p. 241 et p. 253.

De cette multitude de rapports que le pacte social est appelé à définir et à régler, Rousseau n'a vu que les rapports politiques, c'est-à-dire qu'il a supprimé les points fondamentaux du contrat, pour ne s'occuper que des secondaires. Faut-il dire que de ces conditions essentielles, indispensables, la liberté absolue du contractant, son intervention directe, personnelle, sa signature donnée en connaissance de cause, l'augmentation de liberté et de bien-être qu'il doit y trouver, Rousseau n'en a compris et respecté aucune? [...]

De contrat, positif, réel, sur quelque intérêt que ce soit, il n'en est vestige dans le livre de Rousseau. Pour donner une idée exacte de sa théorie, je ne saurais mieux la comparer qu'à un traité de commerce, dans lequel auraient été supprimés les noms des parties, l'objet de la convention, la nature et l'importance des valeurs, produits et services pour lesquels on devait traiter, les conditions de qualité, livraison, prix, remboursement, tout ce qui fait, en un mot, la matière des contrats, et où l'on ne se serait occupé que de pénalités et juridictions. [...]

C'est ce pacte de haine, monument d'incurable misanthropie; c'est cette coalition des barons de la propriété, du commerce et de l'industrie contre les déshérités du prolétariat, ce serment de guerre sociale enfin, que Rousseau, avec une outrecuidance que je qualifierais de scélérates, si je croyais au génie de cet homme, appelle *Contrat social!*¹⁶

Hume, que l'on classe parmi les anticontractualistes, est moins virulent mais tout aussi critique. Il reconnaît que laisser chacun être son propre maître, c'est exposer l'observation des lois de la société à un bon vouloir guidé par l'intérêt personnel et risquer le désordre. Il faut, selon lui, que :

«[les hommes] placent la transgression de ces lois hors de portée de leur pouvoir personnel. Par conséquent, le gouvernement résulte de la convention volontaire des hommes et, évidemment, cette même convention qui institue le gouvernement déterminera aussi quelles personnes doivent gouverner et écartera toute espèce de doute et d'ambiguïté sur ce point.»¹⁷

Il poursuit en exposant ce qu'est une convention génératrice d'une promesse et en appliquant ses conceptions au comportement de deux rameurs qui coordonnent leur cadence pour faire avancer une barque :

«Ce n'est qu'un sens général de l'intérêt commun, sens que les membres de la société s'expriment les uns aux autres, et qui les conduit à régler leur comportement selon certaines règles. J'observe qu'il sera de mon intérêt de laisser autrui en possession de ses biens, pourvu qu'il agisse de même avec moi. Il a conscience d'avoir un intérêt semblable à régler sa conduite. Quand ce sens commun de l'intérêt est mutuellement formulé et qu'il est connu des deux, il produit une résolution et un comportement qui lui correspondent. Et cela, on peut l'appeler avec assez d'à-propos une convention ou un accord entre nous, bien que fasse défaut la médiation d'une promesse, puisque les actions de cha-

¹⁶ P.-J. PROUDHON, *Textes choisis : Mutuellisme et fédéralisme*, Les Classiques des sciences sociales, p. 8 (disponible sur <http://classiques.uqac.ca/classiques/Proudhon/proudhon.html>).

¹⁷ D. HUME, *Traité de la nature humaine* (TNH), livre 3, 3-2-10, trad. Ph. SALTEL, Paris, GF-Flammarion, 1993, p. 169.

cun d'entre nous font référence à celles de l'autre et sont accomplies en supposant que de l'autre côté, on doit aussi accomplir quelque chose. Deux hommes qui tirent aux avirons d'une barque le font selon un accord ou une convention, bien qu'ils n'aient jamais échangé de promesses.»¹⁸

Ce texte peut tirer une assemblée juridique de son sommeil dogmatique en l'incitant à revenir sur la distinction qu'il peut y avoir entre une adaptation réciproque des comportements en fonction d'un objectif commun et un contrat explicite, générateur de droits et d'obligations¹⁹.

7. Malgré les critiques dont on l'accable, le contrat social a la vie dure. Dans son ouvrage majeur, *Théorie de la justice*, Rawls propose une théorie complexe de la justice comme équité. Celle-ci repose – c'est le point qui nous retient – sur l'idée d'un contrat originel entre des personnes libres, soucieuses de promouvoir leurs intérêts individuels sur la base de deux principes de justice, le principe d'égalité de liberté et le principe de différence, sur lesquels ces personnes, négociant sous le voile de l'ignorance, doivent rationnellement tomber d'accord²⁰.

«Dans la théorie de la justice comme équité, la position originelle d'égalité correspond à l'état de nature dans la théorie traditionnelle du contrat social. Cette position originelle n'est pas conçue, bien sûr, comme étant une situation historique réelle, encore moins une forme primitive de la culture. Il faut la comprendre comme étant une situation purement hypothétique, définie de manière à conduire à une certaine conception de la justice. Parmi les traits essentiels de cette situation, il y a le fait que personne ne connaît sa place dans la société, sa position de classe ou son statut social, pas plus que personne ne connaît le sort qui lui est réservé dans la répartition des capacités et des dons naturels, par exemple l'intelligence, la force, etc. J'irai même jusqu'à poser que les partenaires ignorent leurs propres conceptions du bien ou leurs tendances psychologiques particulières. Les principes de la justice sont choisis derrière un voile d'ignorance. Ceci garantit que personne n'est avantagé ou désavantagé dans le choix des principes par le hasard naturel ou par la contingence des circonstances sociales. Comme tous ont une situation comparable et qu'aucun ne peut formuler des principes favorisant sa condition particulière, les principes de la justice sont le résultat d'un accord ou d'une négociation équitables (*fair*). Car, étant donné les circonstances de la position originelle, c'est-à-dire la symétrie

¹⁸ D. HUME, *Traité de la nature humaine*, op. cit., p. 90. Hume a ensuite été beaucoup plus critique et incisif dans *Le Contrat primitif*, Paris, Vrin, 1972 (également disponible sur le site «Les Classiques des sciences sociales»).

¹⁹ Dans un tout autre domaine, celui des ententes, la question est de déterminer si le parallélisme ou l'ajustement des comportements peut constituer un accord alors que le droit civil exige une rencontre de consentements. Sur ce point, Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, Paris, LGD, 2009, pp. 102 et s.

²⁰ On se contente de pointer le recours au contrat par Rawls, sans analyser sa théorie qui a donné lieu à de nombreux débats. Pour un résumé accessible de la théorie de Rawls, B. FRYDMAN, «Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discussion au droit de négociation», in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 238 et s.

des relations entre les partenaires, cette situation initiale est équitable à l'égard des sujets moraux, c'est-à-dire d'êtres rationnels ayant leurs propres systèmes de fins et capables, selon moi, d'un sens de la justice.»²¹

8. Comme le contrat social, le voile d'ignorance est une fiction. L'anthropologie sur laquelle repose le modèle de Rawls a fait l'objet de critiques²². Rawls est parfaitement conscient des limites et du contexte de son travail ainsi que de ce qui le relie aux théories antérieures du contrat social. Celui-ci ne tient pas compte des jeux d'influence et de domination ou d'imitation pouvant exister entre des partenaires réduits à des monades rationnelles. Rawls propose une fiction, un essai de formalisation pour fonder une théorie procédurale de la justice. Il en résulte inmanquablement, comme dans tout modèle, une limitation due au choix des hypothèses de travail. On ne peut que reconnaître la rigueur méthodologique et la puissance heuristique du contrat et des principes imaginés par Rawls. N'est-ce pas aussi à cause de ses limitations et de la stylisation – pour parler comme les économistes – qu'il imprime à la réalité que le modèle de Rawls a pu avoir cette fécondité et renouveler, par les objections qu'il a soulevées, l'ensemble du débat sur la justice sociale?

Section 2

Une volonté hypothétique : de la philosophie au droit

9. Ces considérations philosophiques peuvent sembler bien loin de la technique du contrat connue en droit des obligations. Le contrat exerce une forte attraction sur la philosophie politique mais aussi sur l'ensemble du droit des obligations. Le Code Napoléon de 1804 consacre la majorité des dispositions du Livre III aux obligations conventionnelles, réduisant à la portion congrue et à une catégorie résiduaire les engagements qui ne naissent pas d'une convention. Certains des philosophes que nous citons, tels que Hobbes ou Hume, ont écrit des textes susceptibles de faire réfléchir un juriste sur le fondement du droit des contrats ou sur sa formation. Voici ce qu'écrit Hobbes, au Chapitre XIV du *Léviathan*, sur ce qu'il appelle les signes du contrat :

«Les signes du contrat sont soit exprès soit par inférence. Sont expresses les paroles qu'on prononce en comprenant ce qu'elles signifient, et ces paroles sont soit au présent, soit au passé, comme je donne, j'accorde, j'ai donné, j'ai accordé, je veux que cela soit tien, soit au futur, comme je donnerai, j'accorderai, lesquelles paroles portant sur le futur sont appelées PROMESSE.

Les signes par inférence sont tantôt la conséquence des paroles, tantôt la conséquence du silence, tantôt la conséquence d'actions, tantôt la conséquence du

²¹ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009, p. 38.

²² Pour des critiques plus fines, reconnaissant l'apport fondamental de Rawls, pris en compte par la théorie économique, ce qui n'est pas fréquent pour une théorie philosophique, R. BOUDON, *Le juste et le vrai*, coll. Pluriel, Paris, Hachette, 2009, pp. 405 et s.; P. RICŒUR, «Après la théorie de la justice de John Rawls», in *Le juste*, Paris, Éd. Esprit, 1995, pp. 99-120.

fait qu'on s'abstient [de faire] une action ; et en général, un signe par inférence, dans n'importe quel contrat, est tout ce qui démontre de façon suffisante la volonté du contractant [...]»

10. Hobbes donne une leçon de réalisme juridique aux juristes eux-mêmes²³. En effet, la jurisprudence tant belge que française s'est parfois acharnée à déceler une intention de contracter dans des prestations de travail gratuites ou dans des transports bénévoles de pure courtoisie. De même, la jurisprudence a pu découvrir des stipulations pour autrui tacites afin de protéger un tiers lésé par l'inexécution du contrat de base alors qu'on est bien en peine de trouver dans celui-ci une quelconque stipulation désignant un tiers bénéficiaire.

La notion, critiquée et fallacieuse, de quasi-contrat montre aussi à quel point le législateur a essayé d'étendre ce qu'il considérait comme une notion similaire à un contrat à des situations où la formation du lien de droit n'avait rien de volontaire²⁴. Les quasi-contrats sont au demeurant restés les parents pauvres de la doctrine du droit des obligations²⁵.

La Cour de cassation française, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1969, a dépassé en artifices les constructions philosophiques mentionnées ci-dessus en décidant qu'une convention d'assistance a pu exister entre la victime d'un accident, inconsciente à côté de son véhicule en feu, et une personne qui fut gravement brûlée en lui portant secours. Pour la Cour de cassation française, le consentement exprès de la personne secourue n'est pas indispensable car «lorsque l'offre est faite dans son intérêt exclusif, son destinataire est présumé l'avoir acceptée»²⁶.

²³ De même, Hegel, au § 78 des *Principes*, écrit : «[...] il faut donner à cet accord (i.e. le contrat) une existence concrète particulière, en exprimant la stipulation à travers les mises en forme que sont les gesticulations et d'autres actions symboliques, en particulier l'explication déterminée par la parole, autrement dit, l'élément le plus digne de la représentation spirituelle».

²⁴ P. WÉRY, «Le caractère volontaire de la gestion d'affaires et des quasi-contrats», *R.C.J.B.*, 2007, pp. 181 et s.

²⁵ Le droit anglais, plus attaché à l'échange de promesses qu'à l'échange de consentements, connaît la *Law of Restitution*, autonome par rapport au droit des contrats. «The law of restitution is the law relating to all claims, quasi-contractual or otherwise, which are founded upon the principle of unjust enrichment.» (GOFF & JONES, *The Law of Restitution*, 6^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 3).

²⁶ Cass. fr. (ch. civ.), 1^{er} décembre 1969, *Bull. civ.*, 1969, I, p. 299. Sur la jurisprudence ultérieure, Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, Paris, LGD, 2009, p. 107, n° 99, soulignant que l'acte de l'assistant ne traduit pas une volonté de contracter dans ce genre de situations.

Chapitre 2

Le contrat en droit des obligations : une notion vorace

Section 1

Le contrat du Code civil

11. L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme «une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose». Cette définition n'est pas parfaite et elle a été critiquée, notamment parce qu'elle confond l'objet du contrat et l'objet de l'obligation²⁷. Il est utile de distinguer clairement le lien contractuel et le lien obligatoire car la fin d'un contrat n'empêche pas la survie de certaines obligations, obligation de non-concurrence, de secret ou de non-débauchage, destinées à protéger les intérêts de l'une ou l'autre partie pendant un temps généralement limité²⁸.

La définition de l'article 1101 paraît introduire une distinction entre le contrat et la convention qui serait un concept plus large. Même si cette distinction est inutile, les juristes sont tentés de la faire puisque le texte de l'article 1101 utilise deux termes différents. Supposons que ce soit pour des raisons d'élégance, puisqu'il est recommandé, dans les cours de français, de varier les expressions et d'utiliser des synonymes²⁹! Le nouvel article 1101 du Code civil français devrait clôturer cette discussion : il définit le contrat comme «un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

Partons d'un point de départ obligé. En droit belge et français, le contrat est un accord de volontés visant à produire des effets juridiques (créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations). Il appartient donc à la catégorie des actes juridiques bilatéraux. Sa formation implique un échange de consentements entre deux parties au minimum. Dans l'ensemble, notre droit accorde une grande importance à l'existence d'une volonté saine, ce qui explique qu'il ait marqué un intérêt plus fort pour la formation que pour l'exécution des conventions. Chacun sait toutefois que des conventions conclues dans l'allégresse s'exécutent parfois dans la douleur.

12. Pour le Code civil, le contrat est un échange de volontés ou de consentements qui se noue et s'exécute à un moment du temps. Cette conception

²⁷ Pour une synthèse des critiques faites à cette définition, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 56, n° 37.

²⁸ Dans cet ouvrage, H. JACQUEMIN et V. RONNEAU, «La fin du contrat. Et après? Le point sur certaines suites de l'extinction du contrat en droit économique», part. n° 2.

²⁹ La distinction entre contrat et convention est faite par certains auteurs français. Voy. p. ex. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, Paris, PUF, 2000, p. 50. Nous utilisons indifféremment l'une ou l'autre expression.

instantanéiste du contrat ne tient pas compte de la durée³⁰. Elle ne fait place ni à la formation progressive du contrat, ni à sa réadaptation pour imprévision. Le temps ne fait rien à l'affaire...

Même si une jurisprudence créative lui donne une cure de jouvence, le Code civil belge trahit son âge : il reste muet sur la période précontractuelle et la présentation qu'il offre des remèdes à l'inexécution contractuelle est incomplète et dispersée³¹.

13. Plus grand monde ne défend l'idée selon laquelle la volonté des parties contractantes, souveraine et toute-puissante, fonderait, à elle seule, la force obligatoire du contrat³². Cette idée n'est pas comme telle exprimée dans le Code civil. Le principe de l'autonomie de la volonté est, en doctrine française surtout, plutôt considéré comme un dogme ou une doctrine³³ et non comme une réalité de droit positif³⁴. Si le Code civil énonce, dans l'article 1134, que les conventions ont force de loi pour ceux qui les ont faites, c'est bien plutôt pour empêcher les revirements d'une volonté capricieuse et irrespectueuse de ce qui a été convenu de commun accord. La volonté n'est pas toute-puissante et ne produit d'effets juridiques que dans les conditions prévues par le droit objectif. Il existe une sorte de délégation de la loi aux parties qui donne son effet obligatoire à la norme contractuelle. La multiplication des interventions législatives limitant l'autonomie de la volonté instaure une dialectique de la loi et du contrat dans la construction de la norme contractuelle.

Section 2

Le contrat comme échange de consentements

14. Il a été observé que le Code civil utilise plutôt le terme consentement que celui de volonté quand deux volontés se rencontrent³⁵. Le consentement serait la rencontre des volontés manifestées des parties, rencontre qui fait naître

³⁰ La durée de la relation entre les parties contractantes, qui, dans les bons cas, crée une confiance mutuelle et une certaine flexibilité de la relation, crée aussi des problèmes spécifiques. Voy. l'étude de C. DELFORGE, «Le contrat à long terme entre firmes : un contrat relationnel exemplaire?», *R.I.E.J.*, 2016, pp. 57-95.

³¹ Sur l'ensemble de ces critiques, S. STIJNS, «Faut-il réformer le Code civil? Réponses et méthodologie pour le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles : les obligations contractuelles», *J.T.*, 2016, pp. 305-311.

³² Pour une présentation synthétique, X. DIEUX, «Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé», *R.C.J.B.*, 1983, pp. 386 et s.

³³ Éric SAVAUX, dans son ouvrage *La théorie générale du contrat. Mythe ou réalité?* (Paris, LGDJ, 1997, pp. 158 et s.), met en évidence la part d'élaboration doctrinale et même la dose de métaphysique qui sous-tendent l'affirmation du principe.

³⁴ La doctrine belge est plus nuancée. P. VAN OMMELAGHE, «La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 881 et s.

³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, «Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats», *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, pp. 573 et s.

le contrat. L'attention est naturellement portée sur la qualité du consentement qui est le produit complexe d'un acte de conscience et de liberté. Si l'erreur dans les contrats est un vice de consentement étudié par tous les manuels de droit des obligations contractuelles, le thème, beaucoup plus large, de l'ignorance des règles contractuelles et de leur impact sur le consentement et sur la licéité du contrat était largement inexploré. Il fait l'objet, dans ce volume, d'une étude fouillée de Rafaël Jafferli³⁶. La tâche n'était pas facile car l'ignorance, comme la fraude, est polymorphe. Elle peut être partielle ou totale, unilatérale ou bilatérale, provoquée ou spontanée, voire délibérée, ce qui peut indiquer une volonté d'éluder l'application d'une règle gênante. Inutile de dire que notre droit, sans s'engager dans une analyse fouillée des états psychologiques des contractants, doit pouvoir traiter le phénomène avec toutes les nuances nécessaires, en faisant la part de l'innocence et du souci de la sécurité juridique. En fin de contribution, Rafaël Jafferli nous propose un utile tableau de synthèse, qui ne doit pas nous inciter à ignorer les réflexions qui y conduisent.

15. Pour le Code civil de 1804, le contrat se conclut entre des parties supposées égales. Il définit le contrat en général comme source de droits et d'obligations, de façon abstraite et désincarnée, décontextualisée. La situation des parties est souvent caractérisée par une asymétrie d'information ou une inégalité de pouvoir économique qui doit être prise en considération et, le cas échéant, compensée par le législateur si l'on veut que le contrat soit utile et juste, qu'il tende vers un équilibre contractuel, à la fois des prestations et des clauses qui en organisent l'exécution. Régulé en dehors du Code civil par les lois spécifiques, le contrat de travail inclut, de façon réaliste, le lien de subordination comme un des éléments constitutifs de sa définition. Celle-ci exprime l'inégalité des parties qui peut expliquer l'ignorance légitime de la partie la plus faible³⁷. C'est sans doute à cause de cet élément distinctif – le pouvoir affirmé d'une partie vis-à-vis de l'autre – que le contrat de travail tend à s'émanciper du droit civil et que sa place dans la hiérarchie des normes est plus soigneusement étudiée qu'en droit civil³⁸.

16. Il n'y a pas loin de la subordination juridique à la dépendance économique qui affecte les salariés vis-à-vis des employeurs mais aussi les relations entre entreprises, producteurs et distributeurs. La dépendance économique est

³⁶ R. JAFFERLI, « L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat », dans ce volume.

³⁷ On a parlé d'une « infériorité-ignorance » du salarié quant aux conditions d'embauche et aux caractéristiques de l'emploi qui lui est proposé; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, op. cit., p. 278, n° 371. Ces auteurs rapprochent la subordination juridique de la dépendance économique qui affecte les salariés vis-à-vis des employeurs mais aussi les producteurs et distributeurs entre eux.

³⁸ Ces points sont développés par M. ANTOINE et M. DE FAUCONVAL dans leur contribution « Du droit civil au droit social: de l'influence à l'affranchissement », dans ce volume. Sur la place du contrat dans la hiérarchie des normes, J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, op. cit., p. 54, n° 67.

une donnée de fait. Elle peut amener le législateur à intervenir dans le domaine des conditions de la formation du contrat, de la validité de la renonciation de la partie faible à ses droits légaux comme dans le domaine des conditions de la dissolution du contrat et des indemnités dont peut bénéficier la partie considérée comme faible³⁹.

Section 3

Permanence de la volonté: la qualification de contrat et la qualification du contrat

17. Notre système juridique, sur la base du critère de la volonté, a une tendance à appliquer généreusement la qualification de contrat indépendamment de l'appellation utilisée (accord, entente, etc.). Les juristes anglo-américains sont parfois surpris de constater à quel point la notion continentale de contrat est « vorace » et recouvre des hypothèses telles que la donation ou la relation de soins qu'ils qualifient autrement.

Le mécanisme de la qualification prend appui sur le critère de la volonté pour déterminer s'il y a ou non contrat et de quel type de contrat il s'agit. La volonté fournit le critère de la qualification de contrat même quand la volonté s'exprime de façon ténue ou évanescence.

Ainsi qu'on l'a indiqué, la jurisprudence française a appliqué la qualification de contrat dans les actes d'assistance bénévoles, dans des situations d'urgence ou de péril où la volonté de créer des effets de droit n'existe pas.

Pourtant, alors que ce critère de la volonté est interprété largement, il a été contesté autrefois que les contrats d'adhésion soient de véritables contrats, parce qu'ils sont l'œuvre d'une volonté unilatérale⁴⁰. Comme si l'idée de contrat requerrait la volonté de deux parties et appelait presque naturellement celle de négociation. Ce débat est maintenant dépassé. Il n'en reste pas moins que les législateurs, national et européen, tiennent à l'œil les contrats d'adhésion et les conditions générales qui les accompagnent en renforçant l'obligation d'information à charge de celui qui impose le contrat d'adhésion et en faisant une chasse continue aux clauses abusives que l'imagination contractuelle ne cesse de multiplier. La liberté contractuelle demeure, même si elle est sous contrainte⁴¹.

³⁹ La dépendance économique concerne bien sûr les relations de travail, mais aussi les relations entre producteurs et distributeurs. Voy., dans cet ouvrage, H. JACQUEMIN et V. RONNEAU, « La fin du contrat. Et après? Le point sur certaines suites de l'extinction du contrat en droit économique », part. n° 5 à 16. Sur le sort des franchisés qui ne bénéficient pas de protection spécifique, *ibid.*, n° 18.

⁴⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, op. cit., pp. 498 et s. Dans le même ordre d'idées, on a contesté la qualification contractuelle pour la fourniture de services publics (eau, électricité, etc.) et soutenu que la relation entre le fournisseur et l'utilisateur est de nature réglementaire, faute de négociation entre parties à la relation. Ici la jurisprudence, partagée, penche plutôt pour la qualification réglementaire.

⁴¹ L'abandon du dogme de l'autonomie de la volonté ne signifie pas l'abandon de la liberté contractuelle comme technique de décentralisation dans la création de normes.

18. Il y a des limites à la qualification *de* contrat, si l'on veut garder aux mots un minimum de contenu juridique. «Le droit subjectif à l'intégration sociale est clairement incorporé dans un contrat avec la société.» Ainsi s'exprime l'exposé des motifs de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale. Contrat et droit à l'intégration sociale sont, en droit belge, les partenaires d'un couple un peu inattendu. Le phénomène n'est pas dénué d'ambiguïté. C'est une situation de précarité, voire de pauvreté qui contraint l'une des parties à entrer dans le processus qui doit permettre son intégration sociale par le travail. La relation est fondamentalement inégalitaire. Le prétendu contrat ne réalise pas un échange de biens ou de services sur la base d'un échange de consentements, il se présente comme une forme particulière d'exercice du pouvoir réglementaire. D'autres traits semblent nous éloigner de la qualification de contrat. Il y a, dans certains cas, obligation de contracter, ce qui met à mal l'idée même de contrat. Le contrat en question est à la fois une technique de travail social et une injonction donnée par l'autorité publique à un demandeur pour l'inciter à remplir les conditions qui le rendront apte à revenir sur le marché du travail. Contractualisme et droits de l'homme font, curieusement, bon ménage. Curieusement parce qu'on aurait pu penser que la dignité humaine et le droit subjectif à l'intégration sociale qui en émane ne sont pas ou très peu négociables⁴². On aurait pu penser aussi que le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, prévu par l'article 23 de la Constitution, pouvait fonder une sorte d'inconditionnalité du soutien à l'intégration⁴³. Or, la loi du 26 mai 2002 lie fortement contrat et droit à l'intégration en soumettant ce dernier au jeu contractuel. Bien que ses objectifs soient louables, elle met en place, pour s'assurer la participation des bénéficiaires, une triade redoutable : droit – devoir – responsabilité individuelle. Ici encore une leçon de philosophie peut être bénéfique :

«Le contrat présuppose que ceux qui y entrent se *reconnaissent* comme personnes et propriétaires; puisqu'il est un rapport de l'Esprit objectif, la dimension de la reconnaissance est déjà contenue et présupposée en lui.»⁴⁴

Paraphrase en termes non philosophiques : un rapport contractuel est, pour une part, un rapport de pouvoir où se constitue un sujet capable de l'assumer. Le contrat présuppose, dans une large mesure, l'autonomie qu'il a pour mission de favoriser.

⁴² Sur la tension qui existe entre la logique contractuelle et l'affirmation, dans les lois d'aide sociale, de la dignité humaine, J. FIERENS, «Encombrante dignité humaine», *Cahiers de la Faculté de droit de Namur*, n° 30, octobre 2002, pp. 12 et s.; D. DUMONT, *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, Bruxelles, la Charte, 2012, part. pp. 378 et s. Dans une perspective pratique, Ph. VERSAILLES, *Le droit à l'intégration sociale*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 216 et s.

⁴³ La dignité humaine peut paralyser l'application d'une sanction contractuelle classique telle que l'exception d'inexécution lorsque celle-ci aboutit «à faire vivre une personne avec deux enfants, au cœur de l'hiver, sans gaz et sans électricité», Civ. Charleroi (réf.), 19 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2000/9, p. 590 et note J. FIERENS.

⁴⁴ HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., § 71.

19. Arrêtons-nous un instant à la qualification *du* contrat. Les parties sont en principe libres de choisir le type de contrat, nommé ou innommé, qui va déterminer le régime juridique de leurs relations. La qualification qu'elles choisissent détermine, au moins pour partie, leurs obligations et leur responsabilité. Toutefois, le juge du fond n'est pas prisonnier de la qualification choisie par les parties. Il peut, en cas de contestation, ou d'office, si l'ordre public est en jeu, lui substituer une qualification plus conforme à ce qu'il estime être la volonté des cocontractants en se fondant non seulement sur les termes du contrat en cause mais sur les circonstances et le contexte dans lequel il s'exécute⁴⁵. Ces principes trouvent à s'appliquer en droit du contrat de travail qui a pourtant pris ses distances par rapport au droit civil. Comme le soulignent Manon Antoine et Marie de Fauconval dans leur contribution⁴⁶, dans des situations de fausse indépendance, le principe de la convention-loi reprend son empire. Une des parties au contrat peut, en fonction de ses intérêts, demander au juge de requalifier le contrat. Par exemple, un faux indépendant demandera, souvent après la rupture du contrat qualifié de «contrat de représentant indépendant», une requalification en contrat de travail tandis que l'autre partie invoquera la qualification «officielle» qui fait la loi des parties, au moins provisoirement. La Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en centrant l'analyse sur le principe de la convention-loi. Elle a rappelé aux juridictions de fond que la qualification choisie par les parties prévaut. La relation de travail ne sera requalifiée que si le juge tire de l'analyse des faits des indices convergents, de lien de subordination par exemple, incompatibles avec la qualification contractuelle retenue⁴⁷.

Section 4

Conceptions et fonctions du contrat

20. Jean Carbonnier écrit qu'«à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé, certains avaient rêvé de transformer tout contrat en mariage»⁴⁸. L'exagération peut avoir pour vertu de condenser une idée juste : la bonne foi n'a pas encore épuisé toutes ses virtualités. L'obligation de coopération qui en

⁴⁵ Voy. les exemples cités par P. VAN OMMESSLAGHE, «Examen de jurisprudence. Les obligations (1974-1982)», *R.C.J.B.*, 1986, p. 177, n° 79; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)», *T.P.R.*, 1994, pp. 445 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 621 et s.

⁴⁶ Dans ce volume, M. ANTOINE et M. DE FAUCONVAL, «Du droit civil au droit social: de l'influence à l'affranchissement».

⁴⁷ En jurisprudence, Cass., 23 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, pp. 271 et s., rappelant les conditions strictes auxquelles le juge du fond peut substituer une qualification différente à celle retenue par les parties; Cass. (3^e ch.), 28 avril 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 261. En doctrine, J. CLESSE, «Vers une nouvelle appréciation de la nature juridique de la relation de travail», in Ph. VERDONCK (dir.), *La nouvelle loi sur les relations de travail: premier état et perspectives*, Limai, Anthemis, 2007, p. 38.

⁴⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, op. cit., p. 222.

dérive exprime et renforce une certaine solidarité des parties embarquées dans une aventure contractuelle. Cette solidarité est nécessaire quand l'aventure se prolonge comme c'est le cas dans le contrat de travail. Le contrat jouit d'une capacité d'expansion que lui confère son critère distinctif : l'intention de créer des effets de droit. Certaines formes de contrat reposent sur une structure stable dans le temps, où s'exprime, institutionnellement, une solidarité entre parties : contrat-organisation, contrat-partage, contrat-alliance ou contrat-coopération⁴⁹. Il nous paraît inutile de plaider pour le solidarisme ou d'invoquer un principe plus large de fraternité contractuelle⁵⁰.

21. La solidarité est un état de fait avant d'être une vertu ou un devoir. Le premier sens du terme solidarité est un sens juridique et non un sens social ou moral⁵¹. La solidarité dont il vient d'être question est celle qui existe entre parties tenues de collaborer à la réussite de l'entreprise contractuelle. Il existe toutefois une autre forme de solidarité expressément visée par le Code civil aux articles 1197 et suivants. L'obligation suppose au moins un créancier, sujet actif, et un débiteur, sujet passif. Rien n'exclut des obligations à sujets multiples. Les plus intéressantes et les plus utiles en pratique sont les obligations prévoyant la solidarité de plusieurs débiteurs obligés à une même chose vis-à-vis d'un créancier (art. 1200 à 1216 C. civ.). La solidarité passive prévue par le Code civil fournit une garantie de paiement au créancier par l'adjonction de débiteurs supplémentaires tenus à la totalité de la dette, ce qui lui évite de subir le risque d'insolvabilité de l'un d'eux. La solidarité a pour fondement la communauté d'intérêts qui existe entre les créanciers ou entre les débiteurs. Ceci s'est parfois exprimé par l'idée évocatrice mais juridiquement inexacte que les créanciers ou les débiteurs se représentent les uns les autres.

La matière est proche de celle des sûretés personnelles⁵². L'idée de garantie ressort avec force de la doctrine française et gagnerait sans doute à être approfondie en droit belge, comme le suggèrent Andrea Cataldo et Marie Nounckele. L'obligation *in solidum*, créée par la jurisprudence, a un effet similaire. Il semble que certains textes de loi, comme certains plaideurs, ont tendance à assimiler les deux institutions dont les effets secondaires gagneraient à être unifiés. Il reste aussi du travail à faire sur le fondement et la portée des recours entre codébiteurs solidaires tenus⁵³. Une simplification de la matière serait la bienvenue, ne fût-ce que pour les étudiants et donc aussi pour leurs professeurs...

⁴⁹ Celles-ci sont dégagées et théorisées par la doctrine, surtout française : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 437-438 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, op. cit., pp. 206 et s.

⁵⁰ Comp. C. THIBERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 383 et s.

⁵¹ A. COMTE-SPONVILLE, *Petit traité des grandes vertus*, Paris, PUF, 1995, p. 115.

⁵² Pour une systématisation théorique de la notion d'obligation comme engagement, comme garantie et comme devoir, F. ZENATI et Th. REVET, *Obligations. Régime*, Paris, PUF, 2013, p. 19.

⁵³ Dans ce volume, A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Approche critique de la pluralité de contractants. Une nouvelle lecture des obligations solidaires, *in solidum* et indivisibles ».

22. La conception abstraite du contrat comme échange de consentements, sans référence aux prestations sous-jacentes, est une conception parmi d'autres⁵⁴. C'est par une sorte de délégation du législateur que les parties se voient octroyer le pouvoir de faire une loi à leur mesure⁵⁵. Cette décentralisation du pouvoir normatif semble bienvenue et pourrait être considérée comme une application du principe de subsidiarité. Dans la majorité des cas, les parties disposent des meilleures informations pour coordonner leurs attentes et leurs décisions réciproques et pour répartir contractuellement les risques liés à l'inexécution de celui-ci par diverses clauses, notamment exonératoires ou pénales. D'autres conceptions sont possibles. Le contrat, tout en nécessitant un échange de consentements, peut requérir de surcroît un échange de valeurs ou un échange de promesses pécuniairement évaluables, ce qui implique une prestation ou un engagement minimal de chacun des partenaires. *English law is based on the promise to do something*. C'est l'optique anglo-américaine qui requiert une *consideration* pour que l'opération existe. Pour qu'il y ait *contract*, il faut une certaine réciprocité de l'échange des valeurs ou des promesses⁵⁶.

Quelle que soit la conception retenue, il ne faut pas oublier que le contrat lui-même est, pour chaque partie, un vecteur d'information. Certaines législations récentes l'ont compris. Les unes imposent l'insertion dans le contrat de certaines dispositions légales de protection. D'autres exigent que les clauses contractuelles soient rédigées de façon compréhensible. Ceci n'est pas forcément compatible avec cela. En reproduisant des dispositions protectrices souvent complexes, le contrat prête main-forte à des législations soucieuses de se faire connaître et de se faire respecter, mais il court le risque d'une prolixité décourageant la prise de connaissance effective. L'excès d'information tue l'information véritable.

23. En guise de conclusion provisoire, prenons encore une leçon de droit chez Hobbes. Le texte suivant exprime une conception beaucoup plus matérielle du contrat où celui-ci opère essentiellement des opérations d'échange ou de transfert :

« La transmission mutuelle du droit est ce que les hommes appellent CONTRAT.

Il y a une différence entre transférer un droit sur une chose, et transmettre ou fournir c'est-à-dire livrer la chose elle-même. Car la chose peut être livrée en même temps qu'on transfère le droit, comme quand on achète ou vend argent

⁵⁴ Voy. la présentation des approches possibles par M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, op. cit., pp. 170-171.

⁵⁵ Telle est la conception de Kelsen (*Théorie pure du droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 255) pour qui « l'ordre juridique habilite les sujets de droit à régler leurs relations réciproques, dans le cadre des normes juridiques générales créées par législation ou par coutume, au moyen de normes qui sont créées par voie d'actes juridiques ». Pour une discussion critique de ce point de vue au regard de la dynamique de contractualisation en matière d'environnement, V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, op. cit., pp. 501-502.

⁵⁶ E. MCKENDRICK, *Contract Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2016, p. 146 ; *Cases, Materials and Texts on Contract Law*, 2^e éd., Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, p. 190.

comptant, ou qu'on échange des biens ou des terres, et elle peut être livrée quelque temps après.

De plus, l'un des contractants peut remplir sa part du contrat en livrant la chose, et laisser l'autre remplir la sienne à un moment ultérieur déterminé, en lui faisant confiance dans l'intervalle; et alors, le contrat qui porte sur cette deuxième part est appelé PACTE ou CONVENTION; ou bien les deux parties peuvent contracter maintenant et s'acquitter plus tard. Dans ces cas, celui qui doit s'acquitter dans un temps à venir, et à qui on fait confiance, est dit tenir sa promesse, être fidèle à sa parole, et, s'il ne s'acquitte pas, dans le cas où c'est volontaire, on dit qu'il viole sa parole.⁵⁷

Chapitre 3

Le contrat comme technique de gouvernement

24. Le contrat revêt une signification qui dépasse le cadre strictement juridique. Idée régulatrice de la rhétorique politique, le contrat tend à s'imposer comme mode de gouvernement, ce qui conduit au brouillage des catégories. D'une part, la norme légale est, en partie, devenue incertaine: elle ne prescrit plus, elle oriente, elle n'impose plus, elle recommande. Un contenu flou et une force obligatoire vaporeuse paraissent le prix à payer pour garantir l'acceptation d'une loi dont le contenu et parfois l'application se négocient comme un contrat. À l'inverse, certains accords passés par les autorités publiques avec des agents économiques privés finissent par ressembler à des règlements généraux. Tel est le cas des conventions environnementales dont on décrit, à grands traits, le régime en droit européen et en Région wallonne⁵⁸ (section 1). On propose ensuite des réflexions plus générales sur le mode de gouvernement par contrat (section 2).

⁵⁷ Texte extrait du chapitre XIV du *Léviathan* (majuscules de Hobbes). J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET (*La formation du contrat*, t. 1, op. cit., pp. 39 et s.) analysent de façon approfondie s'il faut réserver la qualification de contrat aux opérations d'échange, qui seraient le modèle de référence invoqué du contrat.

⁵⁸ Sur l'ensemble de la question, V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, op. cit., part. pp. 300 et s. Sur le droit européen, P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 151-154; J. JANS et H. VEDDER, *European Environmental Law*, 4^e éd., Groningen, Europa Law Publishing, 2012, pp. 151-154.

Section 1

La contractualisation de l'action publique: les conventions environnementales

A. Le contexte européen: la simplification de l'environnement réglementaire

25. Dans sa communication du 6 juin 2002⁵⁹, la Commission des Communautés européennes propose au Conseil européen un plan d'action pour «simplifier et améliorer l'environnement réglementaire», ce qui doit permettre des gains de temps et des réductions de coûts pour les entreprises comme pour les administrations. Parmi les différentes actions proposées au Parlement européen et au Conseil, il existe, selon la Commission,

«plusieurs outils qui peuvent permettre, dans des conditions clairement définies, de remplir les objectifs du Traité tout en simplifiant le travail législatif et la législation elle-même (corégulation, autorégulation, accords volontaires sectoriels, méthode ouverte de coordination, interventions financières, campagne d'information)».

La Commission poursuit:

«les accords volontaires désignent une des pratiques d'autorégulation. Ils peuvent également, sur la base d'un acte législatif, donc de manière plus contraignante et plus formelle, permettre aux acteurs concernés de mettre en application une législation définie dans le cadre d'un mécanisme de corégulation.»

Dans la foulée du plan d'action dont il vient d'être question, la Commission a adopté le 17 juillet 2002 une communication sur «Les accords environnementaux conclus au niveau communautaire»⁶⁰. Au sens de cette communication,

«les accords environnementaux conclus au niveau communautaire sont les accords au moyen desquels les parties intéressées s'efforcent d'obtenir une réduction de la pollution, comme le définit le droit environnemental, ou d'atteindre des objectifs environnementaux fixés à l'article 174 du Traité».

Les accords environnementaux ne sont pas négociés avec la Commission. Ils peuvent être reconnus par la Commission par un échange de lettres, ou par une recommandation de la Commission, le cas échéant accompagnée d'une décision du Parlement européen et du Conseil concernant le contrôle des accords.

26. À la lecture de la communication de la Commission, on s'aperçoit vite que les accords environnementaux ne sont pas des contrats ordinaires mais des substituts ou des compléments à la législation. Leur utilisation doit satisfaire à des conditions juridiques précises: respect de l'équilibre institutionnel en ce qui concerne l'utilisation des accords environnementaux en tant qu'instrument de régulation; conformité aux dispositions du traité de base en matière

⁵⁹ COM(2002) 278 final/2.

⁶⁰ COM(2002) 412 final.

de marché intérieur et de règles de concurrence; existence d'un contrôle juridictionnel du respect des obligations et engagements résultant d'un accord environnemental; respect de la transparence requise par la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Deux autres conditions concernent, l'une, le respect des accords environnementaux multilatéraux, l'autre, le respect des règles en matière d'échanges multilatéraux, notamment dans le cadre de l'OMC.

27. La communication de la Commission considère que l'utilisation adéquate (et la réussite) des accords environnementaux doit être évaluée en fonction de plusieurs critères: rapport coût-efficacité de leur administration; représentativité des industries et associations d'industries participantes; quantification des objectifs et des étapes intermédiaires; participation de la société civile; compatibilité avec d'autres mesures d'incitation. La communication contient aussi des exigences en matière de procédure, distinguant suivant que les accords environnementaux sont des instruments d'autorégulation ou de corégulation. Dans tous les cas, à défaut pour l'accord de fournir les résultats escomptés⁶¹, la Commission peut recourir à un instrument plus coercitif. L'accord le plus connu est celui conclu par les fédérations de l'industrie automobile en matière de réduction de CO₂ qui s'est révélé insuffisant, ce qui a incité la Commission à légiférer. Après la carotte, le bâton...

B. En Région wallonne

28. En Région wallonne, le régime des conventions environnementales a été introduit par le décret du 20 décembre 2001 relatif aux conventions environnementales, qui forme à présent la Partie VI du Livre I^{er} du Code de l'Environnement (art. D.82 et s.). Le décret se justifiait par la nécessité de fournir à une pratique dont les contours juridiques demeuraient incertains, un «cadre juridique permettant de baliser les modalités de conclusion, de modification et de renouvellement des conventions environnementales et ainsi leur assurer une plus grande sécurité juridique et une plus grande transparence»⁶². Aux yeux du gouvernement,

«la complexité croissante [des objectifs de protection de l'environnement et des mesures à mettre en place pour atteindre ces objectifs], la multiplication des acteurs, des mécanismes sociaux et des secteurs concernés, la spécificité des mesures à mettre en place pour permettre une intégration toujours plus grande de la préoccupation environnementale dans les activités économiques et sociales

⁶¹ Voy. les considérations très critiques de L. KRÄMER, «Accords volontaires européens: une voie sans issue», in B. JADOT (dir.), *Acteurs et outils du droit de l'environnement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 69 et s. Dans le même sens mais en termes plus mesurés, V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, op. cit., p. 300, n° 382.

⁶² Doc., Parl. w., n° 264 (2001-2002), n° 1, Exposé des motifs, p. 2. En doctrine, D. PAULET, «Les conventions environnementales», C.P.D.K., 2009, pp. 1 et s.

sont autant de facteurs qui nécessitent le développement d'une approche partenariale de la gestion de l'environnement. [...] Le développement durable, défini comme étant un développement non seulement écologiquement soutenable mais également économiquement soutenable et socialement souhaitable, implique également la mise en œuvre de ce partenariat»⁶³.

29. La «convention environnementale» trouve une définition spécifique:

«toute convention passée entre la Région, qui est représentée à cet effet par le Gouvernement, d'une part, et un ou plusieurs organismes représentatifs d'entreprises, dénommés ci-après "l'organisme", d'autre part, en vue de prévenir la pollution de l'environnement, d'en limiter ou neutraliser les effets ou de promouvoir une gestion efficace de l'environnement» (art. D.82, al. 1^{er}).

Le partenaire «contractuel» de la Région doit jouir de la personnalité juridique, «être représentatif d'entreprises qui exercent une activité de même nature ou qui sont confrontées à un problème environnemental commun», et être mandaté par tout ou partie de ses membres (art. D.83). Les obligations à charge des parties sont fixées par la convention. Néanmoins, l'article D.84 du Code prévoit expressément les obligations de la Région: pour l'essentiel, «la Région ne prend, pendant la durée de la convention environnementale, aucune disposition réglementaire par voie d'arrêté qui établirait relativement aux questions réglées par la convention environnementale des conditions plus restrictives que celles fixées par celle-ci». Toutefois, les pouvoirs étant attribués par ou en vertu de la Constitution, le gouvernement est, nonobstant la conclusion de la convention, en droit d'intervenir unilatéralement à tout moment par voie réglementaire «lorsque l'urgence ou l'intérêt général le requièrent ou afin de satisfaire à des obligations de droit international ou européen» (art. D.84, al. 2 et 3)⁶⁴.

30. La convention environnementale ne peut s'écarter de la législation et de la réglementation existantes, sauf dans la mesure où ses dispositions le permettraient, étant entendu que la convention peut contenir des mesures assurant la protection de l'environnement en des termes plus stricts⁶⁵. Qu'en est-il des droits et obligations des tiers? La convention est obligatoire pour tout nouvel adhérent à l'organisme contractant (art. D.85, al. 2), tandis que celui dont l'adhésion prend fin reste tenu des obligations lui incombant en vertu de la convention (art. D.85, al. 3). Bien plus: «la convention environnementale peut être source de droits ou d'obligations à l'égard de tiers concernés par son exécution». L'explication fournie par la section de législation du Conseil d'État mérite d'être reproduite car elle parle d'elle-même: la convention environnementale n'est pas une convention.

«Normalement, en vertu de l'article 1165 du Code civil, une convention n'engendre des droits et des obligations qu'à l'égard des parties contractantes.

⁶³ Doc., Parl. w., n° 264 (2001-2002), n° 1, Exposé des motifs, p. 2.

⁶⁴ Doc., Parl. w., n° 264 (2001-2002), n° 1, Commentaire des articles, p. 16.

⁶⁵ Doc., Parl. w., n° 264 (2001-2002), n° 1, Avis du Conseil d'État, p. 11.

A priori, seules les parties à une convention environnementale – à savoir la Région wallonne, les organismes contractants et les membres de ces derniers qui leur ont donné le mandat requis par l'article 2, 3° – peuvent donc prétendre en retirer un bénéfice personnel ou être tenues de respecter les obligations stipulées.

Toutefois, en raison de leur objet et du fait qu'elles poursuivent un but d'intérêt général, les conventions environnementales sont de nature à intéresser d'autres personnes que les parties. L'avant-projet de décret le confirme expressément, notamment en soumettant les avant-projets de convention à une consultation du public et en prévoyant la publication des conventions au *Moniteur belge*. [...]

*Mais les ressources du droit des contrats sont loin de suffire à donner dans tous les cas un titre permettant à une convention environnementale de produire des effets à l'égard de tiers*⁶⁶.

Dans les hypothèses où il n'est pas possible de se fonder sur un mécanisme existant du droit des contrats en vue de justifier le fait qu'une clause d'une convention environnementale crée des droits ou des obligations pour des tiers, l'on peut, par contre, considérer que cette clause présente, à l'égard de ces derniers, un caractère réglementaire et non pas contractuel.

C'est sous le bénéfice de cette précision que l'on peut admettre que les conventions environnementales produisent des effets à l'égard de tiers.⁶⁷

31. L'élaboration de la convention environnementale est organisée par l'article D.86. Pointons les mesures de publicité par publication au *Moniteur belge*, sur le site Internet de l'administration wallonne et dans la presse, du projet ou d'un avis indiquant où le projet peut être consulté, toute personne pouvant communiquer ses observations par écrit dans un délai de trente jours à compter de la publication au *Moniteur*. Le gouvernement peut aussi solliciter l'avis de personnes et instances qu'il détermine. La convention définitive est, elle aussi, publiée au *Moniteur belge* et sur le site Internet de l'administration. Ces mesures sont une réponse aux critiques portant sur le caractère occulte des conventions environnementales. À partir du moment où ces « conventions » prennent en charge des objectifs d'intérêt général, il est logique que s'y appliquent des exigences de transparence et que des tiers puissent, grâce à une publicité organisée, avoir un droit de regard sur ce qui est conclu.

Section 2

Gouverner la société par contrat ?

32. Pas plus que la convention ne s'oppose à la loi, le droit négocié ne s'oppose au droit imposé. Leur rapport est dialectique. Ce rapport dialectique ne peut s'établir que si chacun des termes est tout à la fois identifiable et gros de son contraire. Aristote n'hésite pas à écrire que la loi elle-même est une

convention. Une conception aussi tentaculaire de la convention⁶⁸ rend toutefois malaisée la définition des liens de complémentarité ou d'alternance qui peuvent exister entre droit imposé et droit négocié. Dans un sens large, la loi est conventionnelle au même titre que le langage, qui échappe précisément au consentement de ceux qui l'utilisent. Une terminologie flottante mêle contrat, convention et consensus⁶⁹. Le consensus et le contrat ne doivent pas être confondus. Le contrat implique un accord de volontés, un consensus sur un certain objet, mais il s'agit d'un accord explicite des parties qui contractent, précisément après avoir pris la mesure des différences exprimées. Le consensus se caractérise plus par une absence d'opposition que par une manifestation explicite de volonté sur des intérêts opposés reconnus, après discussion, comme conciliables⁷⁰.

33. Quelle que soit l'explication retenue, ce contrat, qui prétend fonder le social et produire la loi pour tous en occultant la question d'une légalité pré-contractuelle, a une signification beaucoup plus large que le contrat pris comme réalité juridique positive, créateur de droits et d'obligations pour les seules parties contractantes. Le principe reste que la convention n'oblige que les seules parties contractantes (art. 1165 C. civ.) et que la sanction en est garantie par un tiers, l'État, qui en consacre la force obligatoire et en permet, le cas échéant, l'exécution forcée⁷¹.

Cette présentation traditionnelle doit être nuancée. La multiplication de contrats-types, aux conditions largement concordantes élaborées sous les auspices de groupements influents, donne à la règle contractuelle un caractère de généralité qui la rapproche de la règle légale. Dans le même ordre d'idées, certaines conventions multilatérales conclues entre les grands acteurs d'un secteur, par exemple les banques ou les assurances, créent aussi des normes de comportement qui tendent à s'imposer ou à produire des effets au-delà du cercle de ceux qui y ont souscrit⁷². Il en va de même des conventions environnementales qui, avec ou sans l'aide du législateur national ou européen, rayonnent au-delà du cercle des parties contractantes et finissent par imposer une norme de comportement à tout un secteur⁷³.

⁶⁸ Voy. dans le même sens les observations de H. DUMONT, « Droit public, droit négocié et para-légalité », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 486 et s.

⁶⁹ Voy. le titre du n° spécial 1997 d'Aménagement/Environnement, « Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement ».

⁷⁰ Comp. Ph. GAUTHIER, « Le rituel feutré des négociations internationales », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 450.

⁷¹ À ce sujet, M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 32 et s.

⁷² P.A. FORIERS, « Espaces de liberté en droit des contrats », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 52 et s.

⁷³ Voy. la démonstration de V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, op. cit., part. pp. 373 et s. où l'auteur étudie la fonction régulatoire du contrat.

⁶⁶ Nous soulignons.

⁶⁷ Doc., Parl. w., n° 264 (2001-2002), n° 1, Avis du Conseil d'État, pp. 10 et 11.

34. Des questions fondamentales surgissent quand le contrat devient technique de gouvernement, c'est-à-dire quand l'autorité publique substitue à son pouvoir d'action unilatéral un mode contractuel de régulation. C'est ce phénomène que paraît viser l'expression, un peu imprécise mais suggestive, de contractualisation du droit. Le phénomène contractuel a un caractère polymorphe⁷⁴. Des rapports de concurrence ou de complémentarité peuvent exister entre l'acte unilatéral et le contrat⁷⁵, selon la façon dont ce dernier s'enchaîne dans l'action des pouvoirs publics.

35. Gouverner par contrat présente des avantages et des risques. Le contrat séduit par sa souplesse et sa flexibilité. Son utilisation traduit aussi la volonté du pouvoir politique de faire oublier qu'il impose et de recueillir l'adhésion de ceux qu'il entend régir. Le procédé n'est cependant pas exempt d'ambiguïtés. Le contrat peut présenter moins de souplesse : dans la mesure où il fait la loi des parties (art. 1134 C. civ.), il est moins avantageux pour le partenaire public que l'action unilatérale qu'il risque de paralyser. Faut-il rappeler que le contrat exprime un rapport de forces ? Que les pouvoirs publics soient, comme ce peut être le cas en matière environnementale, la partie faible ou moins bien informée et les voici tributaires des données que le contractant, détenteur du savoir, accepte de leur transmettre. Ceci va avoir une influence déterminante sur le contenu du contrat et sur l'intensité des obligations que celui-ci fait naître.

Le contrat est souple parce que, moyennant l'accord de *toutes* les parties contractantes, il peut être renégocié et adapté à la situation nouvelle. Il est aussi plus informel que la loi car il n'est en principe pas soumis comme cette dernière à des procédures de discussion collective et de publicité. En revanche, il est une source formelle de droit car il a force de loi pour les parties.

Les formes sont sœurs jumelles de la liberté, écrivait Savigny. Cette réflexion est toujours d'actualité et il est à craindre que le gouvernement par contrat, généralement apprécié pour sa souplesse et son caractère informel, pêche par manque de publicité et rende illusoire l'information du citoyen, condition préalable de tout débat social. La contractualisation n'est pas condamnable en soi. Dans cette technique de gouvernement, l'autorité publique accepte, dans une certaine mesure, de perdre sa qualité de tiers à la relation sociale pour favoriser une promotion plus souple de l'intérêt général. Il y rôde le rêve d'une société autorégulée dans laquelle le pouvoir politique, si on lui concède quelque nécessité, s'affirme comme endogène au système dont il prétend améliorer le fonctionnement.

⁷⁴ Dans certains cas, les pouvoirs publics participent à des accords qui ne paraissent pas pouvoir être qualifiés de contrats. Il en est ainsi par exemple des contrats de rivière. À ce sujet, A. GOSSE, « Les contrats de rivière », *Amén./Env.*, n° spécial 1997, pp. 64 et s.

⁷⁵ Pour un exercice de ce genre en matière environnementale, M. PÂQUES, « Phénomènes consensuels autour de l'acte unilatéral », *Amén./Env.*, n° spécial 1997, pp. 74 et s.